



# Protección jurídica del conocimiento y desarrollo económico

Discurso del Ministro de Justicia Baldo Kresalja Rosselló

V ENCUENTRO LATINOAMERICANO DE PATENTES – ELDIPAT 2004  
LIMA, 26 DE MAYO DE 2004

## I. ASPECTOS GENERALES

1. Una de las características distintivas de nuestra época reside en la particular estima que entre las naciones tienen las ideas de progreso y desarrollo, estrechamente vinculadas a la ciencia y a la tecnología. En su condición de ser racional, el hombre tiene la fuerza creadora necesaria para transformar la naturaleza, para ponerla a su servicio, lo que le permite tener mayor dominio sobre el medio que vive y así aumentar -si cabe- su libertad. La ciencia y la tecnología resultan instrumentos particularmente eficaces en esa tarea y, por ello mismo, para el mejoramiento del nivel de vida de los pueblos, tanto en lo material como en lo espiritual.

Las invenciones de gran importancia han dejado de ser -en muchos casos- el resultado de un esfuerzo individual para convertirse en el fruto de un trabajo en equipo. De ahí que los pueblos y naciones que no desean quedarse a la vera de los caminos que conducen a un futuro mejor, den gran atención a la educación y a la cultura y promuevan la creación de centros de investigación, asentados en buena proporción en sus universidades.

Como sabemos, la tecnología tiene un carácter acumulativo, por cuanto presupone un conjunto de conocimientos anteriores, irreversible, en el sentido de que los nuevos conocimientos desplazan a los anteriores; ilimitado, planetario y transmisible. La tecnología - que es conocimiento - en mucho mayor medida que el capital, es la principal fuen-

te de la riqueza moderna. Resulta claro entonces que cuando sólo unos pocos tienen acceso a esos conocimientos, tendrán un poder concentrado; esto ocurre también en el ámbito de las naciones, creando una clara desigualdad.<sup>1</sup>

2. El objeto fundamental del derecho de patentes es (o debería ser) impulsar el progreso técnico, mediante el aliento a la creatividad y la protección jurídica de sus manifestaciones, esto es, de los inventos, así como promover el acceso a éstos por parte del público. Es pertinente recordar que el derecho de patentes no busca prioritariamente la protección de la «propiedad» del inventor sobre su invento, sino más bien la comunicación que hace de la misma a la sociedad, describiéndola en forma tal que cualquier técnico o experto en la materia pueda ponerla en práctica. Por ese motivo es que no se concede la patente si previamente el solicitante no hace una correcta descripción del invento. Esta comunicación resulta de la mayor importancia, pues la sociedad la conserva y la trasmite, haciendo posible la realización de nuevos inventos. Por estas consideraciones es que se dice que la «patente de invención» es la institución del ordenamiento jurídico destinada a fomentar el progreso técnico.

Desde el punto de vista del interés general, el sistema de patentes ha sido concebido partiendo de la necesidad del equilibrio esencial entre el interés privado de los inventores y el interés general<sup>2</sup>. Entre los beneficios del sistema de patentes clásico, que otorgan equilibrio entre ambos intereses, se mencionan principalmente los siguientes:<sup>3</sup>

- estimula a los inventores y las industrias a invertir su energía y capital en la creación de nuevos productos o servicios; y
- posibilita beneficios educativos ya que, se dice, «cada patente es un documento público que informa al mundo sobre los detalles de la invención» y permite a los competidores evitar tener que seguir los pasos previos del inventor y poder ir más allá de lo ya inventado, creando nuevos avances.

3. Sin embargo, el sistema de patentes clásico se ha visto erosionado, entre otros factores, por su propia evolución interna y por el efecto de la progresiva globalización del mercado<sup>4</sup>.

Se considera que los cambios internos que ha sufrido el sistema de patentes, y que tienen una gran incidencia sobre su equilibrio entre el interés privado y el interés público, son, entre otros, los siguientes:<sup>5</sup>

1. Baldo Kresalja R., «Los objetivos del Derecho de Patentes: notas sobre su evolución». *Themis Revista de Derecho* N° 36
2. Alberto Bercovitz, «Patentes e Interés General». *Patents: why and to do what?*, Université Catholique de Louvain – Chaire Charcelor, Marzo 2004
3. Michael K. Kirk, «Competing Demands on Public Policy». *Conference on the International Patent System*. Marzo 2002, pág. 2
4. Bercovitz A., op. cit.
5. Op.cit.

a. La descripción de la invención no permite en muchos casos la explotación de la invención, sino luego de una búsqueda complementaria que es, frecuentemente, larga y onerosa.

b. La publicación de la solicitud y de la expedición de la patente demora en exceso, lo que perjudica a los terceros interesados en conocer la invención.

c. La actividad inventiva exigida por las oficinas de patentes ha disminuido, dando paso a una proliferación incontrolada de patentes. La consecuencia de esta situación consiste en que el poder económico requerido para ser titular de varias patentes sustituye, como efecto práctico del sistema, la protección privilegiada del verdadero inventor.

d. La posibilidad que se está considerando en otros países de patentar las invenciones no industriales, es decir, las invenciones cuya explotación no implica necesariamente la comercialización y puesta a disposición pública del objeto de la invención patentada. En efecto, un método comercial puede ser explotado al interior de una empresa, sin que sea necesaria su puesta a disposición a terceros.

e. Que ya no sea necesario fabricar el objeto de la invención en el país para poder considerar que el objeto de la patente es explotado efectivamente, lo que tiene consecuencia en la relación entre la explotación de la patente y la industria nacional.

4. Deberíamos preguntarnos -teniendo en cuenta el fenómeno la globalización- si existe un mismo interés general en el tema de las patentes en los diferentes países y cómo podríamos reconstruir el equilibrio del sistema tanto en los países desarrollados como en los menos desarrollados. La respuesta a estas interrogantes debería estar acompañada por una reflexión, que se hace ahora pertinente, al momento de iniciarse una negociación con los Estados Unidos de Norteamérica sobre un tratado de libre comercio que incluye aspectos vinculados a los derechos intelectuales y obviamente también a las patentes de invención.

## II. LA BÚSQUEDA DE ARMONIZACIÓN ¿BENEFICIA A LOS PAÍSES MENOS DESARROLLADOS? ¿CUÁL ES EL ROL DE SUS OFICINAS DE PATENTES?

1. Todos conocemos los argumentos a favor del sistema de patentes y, por cierto, existe una base empírica sobre su funcionamiento que puede interpretarse parcialmente a su favor. Pero la pregunta que nos interesa plantear es saber en qué medida la información contenida en las patentes puede ser efectivamente utilizada en los países de menor desarrollo y contribuir así a que se realice investigación. No cabe duda que si un país desea individualmente rechazar el actual sistema de patentes, será excluido de los circuitos comerciales. No es ésta entonces la alternativa a adoptar. La cuestión es cómo puede desarrollarse un sistema adecuado de protección jurídica al conocimiento tecnológico para realidades que no son la de los países desarrollados y, al mismo tiempo, poder responder a la extraordinaria demanda de nuevas solicitudes de patentes de invención.

2. La iniciativa de la OMPI para desarrollar un robusto sistema internacional de patentes y las condiciones propias de los países desarrollados están dirigidas a minimizar los costos de la obtención de patentes por parte de las grandes compañías que rea-

lizan investigación, aliviar el trabajo en las oficinas y reforzar las medidas de protección en todo el mundo. Pero estas prioridades no son necesariamente las más importantes para los países en vías de desarrollo.

En efecto, no cabe duda que se trata de objetivos válidos y bienvenidos, pero la pregunta aquí es otra: en qué medida una mayor armonización del sistema influirá en la competencia y en la innovación, particularmente en el ámbito de las nuevas tecnologías, teniendo presente la profunda asimetría existente entre la distribución nacional de las actividades inventivas y el uso del sistema. Por ejemplo, los 10 principales países industrializados gastan el 84% de la inversión total en investigación y desarrollo, obtienen el 94% de las patentes y reciben el 91% de las regalías por licencias pagadas al extranjero.

Desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo no parecería recomendable el promover, tal como lo hace la OMPI y los países desarrollados, una mayor armonización internacional del sistema sin antes examinar si cumple su función esencial, esto es, alentar y premiar la inventiva. Y este examen debe efectuarse tanto desde el punto de vista económico como legal.

En primer término, no hay evidencia que demuestre que las patentes producen desarrollo en todos los países; es necesario tener en cuenta los niveles tecnológicos y, por tanto, si deben aplicarse los mismos estándares de protección. De otro lado, es clara la evidencia que los países desarrollados van elevando la protección a las patentes conforme van desarrollándose. A mayor abundamiento, estudios económicos serios han expresado sus dudas acerca de la eficacia del sistema de patentes para asegurar un satisfactorio porcentaje de innovación al menor costo social.

También existe evidencia, salvo las pocas excepciones de siempre, que las pequeñas y medianas empresas prácticamente no se benefician del funcionamiento actual del sistema, entre otras razones, por los altísimos costos de obtención y mantenimiento de los títulos, pero principalmente por el costo de los litigios. De otro lado, se comprueba desde un punto de vista histórico de que el sistema de patentes ha ido cambiando de acuerdo a los niveles de desarrollo de los países más avanzados con el objeto, legítimo desde el punto de vista de sus intereses, de lograr y afianzar sus objetivos sociales y económicos.

Así, la elección de estándares de novedad o de altura inventiva determinan en qué medida se promueve la competencia económica y se determina lo que es de libre acceso. Esto se aprecia especialmente si la armonización de las leyes de patentes se hace de acuerdo a los estándares actuales de los países más desarrollados, especialmente en el área de las nuevas tecnologías.

Deberíamos ser entonces especialmente cautos en esas materias, más aún cuando no existe un estudio interdisciplinario serio sobre las implicancias de un proceso de armonización internacional que evalúe el impacto en el desarrollo futuro de los países más pobres, y que incluya aspectos críticos como los relativos al acceso a medicinas genéricas y a productos agrícolas.

3. No cabe duda que la futura integración de los bancos de datos, el intercambio de información entre las oficinas y el uso de máquinas para las traducciones ayudarán a cumplir los objetivos clásicos del sistema. Ello no impedirá, sin embargo, que el sistema

de patentes, tal como está hoy diseñado, llevará a que las oficinas de patentes en los países pobres se dediquen ya no a proteger inventos de importancia, pues para eso se utilizará oficinas de carácter supra nacional, sino que estarán destinadas a proteger tecnología de menor nivel.

La razón de la existencia de las oficinas de patentes ha sido siempre, y lo sigue siendo hoy, promover algún tipo de innovación, así como diseminar toda la información posible. Pero para que continúen existiendo, los beneficios deberán ser mayores que los costos; por tanto, es necesario adecuar las normas del actual sistema de patentes a esas necesidades muy sentidas en los países en vías de desarrollo; de lo contrario, desaparecerán. Mi opinión es que a la fecha, en esta parte del mundo, las oficinas no cumplen ese rol que les es esencial para su existencia. Todo hace entonces pensar que las tensiones entre los objetivos del sistema de patentes y otros objetivos de carácter público se incrementarán en el futuro.

### III. EL NUEVO MARCO TECNOLÓGICO Y EL DEBATE ENTRE ACCESO PÚBLICO VS. APROPIACIÓN PRIVADA

1. Hay consenso en relación a que la «era de la información» ofrece significativo potencial para el crecimiento económico, cultural y tecnológico. Los beneficios de los «*networks*» de comunicación, la reducción de costos de transacción y la posibilidad de superar impedimentos de productividad son de especial importancia en las consideraciones de cómo los países en desarrollo podrían participar más adecuadamente en la economía global<sup>6</sup>.

Es de pacífica aceptación que la era de la información, expandida por la constante innovación en el desarrollo y uso de tecnologías de la información otorga una oportunidad sin precedentes para transformar los patrones de producción global y la correspondiente desproporcionada difusión de conocimiento tecnológico, riqueza y desigualdad entre las naciones. Es por ello que hay que integrarlas dentro de los programas de ayuda para el desarrollo. Por ejemplo, una de las ventajas más grandes de la internet es la conexión entre millones de usuarios: ofrece acceso a servicios, productos e información que serían imposibles de conseguir sin movimiento físico de las personas.<sup>7</sup>

Pero no cabe duda que la mayoría de los países en desarrollo aún no se han beneficiado significativamente de los recursos y oportunidades de esta revolución tecnológica, pues existe mucha incertidumbre sobre las formas en que esas tecnologías pueden ser aplicadas.

2. Lo que nos parece de importancia resaltar es el rol invasivo de los derechos de propiedad intelectual en la regulación de casi todos los aspectos de la «economía digi-

6. Ruth L. Okediji, *Development in the Information Age: Issues in the Regulation of Intellectual Property Rights, Computer Software and Electronic Commerce*. UNCTAD/ICTSD, Diciembre 2003, pág. 1

7. Op. cit. pág. 8.

tal». Todos ellos parecen estar afectados por derechos de autor o recientes cuasi sistemas que otorgan derechos para la protección de tecnología de contenido digital<sup>8</sup>.

Se debe entonces hacer un análisis cuidadoso respecto al impacto de los derechos de propiedad intelectual, particularmente en la generación de nuevos negocios y el ingreso a nuevos mercados.

3. El diseño de políticas nacionales que regulen y canalicen las tensiones inherentes que genera la aplicación de derechos de propiedad intelectual en la era digital es un desafío y un reto para todos los países<sup>9</sup>. Y para los países en desarrollo este desafío tiene grandes implicancias para la obtención de sus objetivos económicos. Hay una importante variedad de temas controvertidos, tales como la protección de las bases de datos, los temas relacionados a las patentes de negocios y los modelos alternativos de propiedad como el «*open source movement*». Cada uno de ellos representa una parte de la fábrica legal de la era de la información con importantes ramificaciones para las estrategias de desarrollo<sup>10</sup>.

#### IV. ADPIC / ACUERDOS BILATERALES / TLC

1. Como se sabe, la adopción del ADPIC fue el resultado de los esfuerzos y las presiones ejercidas por países desarrollados, encabezados por los Estados Unidos de Norteamérica, con el objeto de proteger su liderazgo en el ámbito de la creación y la tecnología, armonizando los sistemas de la propiedad intelectual y fijando estándares mínimos de protección. El adpic constituye el más importante acuerdo en la materia y el actual denominador común en el campo de los derechos intelectuales. Los países en vías de desarrollo no tuvieron intervención en su formulación pero sus normas les fueron impuestas bajo la amenaza implícita de excluirlos del circuito comercial.

Podemos hoy comprobar que aquellos estándares mínimos recogidos en el ADPIC ya no satisfacen a los estados unidos y a algunos países desarrollados. Vía acuerdos bilaterales - como los tratados de libre comercio - los estados unidos vienen exigiendo a los países en desarrollo el otorgamiento de una protección mayor al mínimo establecido en el ADPIC. Son los denominados acuerdos «*trips-plus*», que dan una mayor protección, determinada unilateralmente. Y esos tratados, eran al 2003 no menos de 23, sean regionales o bilaterales, negociados y celebrados entre países desarrollados y países en desarrollo.

Por cierto, se han hecho esfuerzos destinados -como la declaración de Doha- para superar las rigideces del ADPIC e introducir algunas flexibilidades, en especial en el ámbito de los medicamentos genéricos. Pero su efecto es hasta ahora limitado. Sin embargo, la ambigüedad de algunas disposiciones del ADPIC constituyen ventajas que

---

8. Op. cit. pág. 1

9. Op. cit

10. Op. cit.

pueden ser aprovechadas por los países en vías de desarrollo para hacer más equitativa la aplicación del sistema.<sup>11</sup>

2. La negociación de tratados de libre comercio entre los estados unidos y algunos países miembros de la comunidad andina necesariamente nos debe llevar a reflexionar cuál es el estándar de sistema de patentes que conviene a países en desarrollo como los nuestros.

Una experiencia cercana la tenemos con el TLC celebrado entre Estados Unidos y Chile. Es muy probable que muchas de las provisiones relacionadas al tema de la propiedad intelectual deseen ser «transportadas» a los TLC con Perú, Ecuador y Colombia. En el caso chileno, conforme ha señalado recientemente el profesor Carlos Correa<sup>12</sup>, los estándares de propiedad intelectual se han elevado más allá de lo previsto en el ADPIC generando un creciente malestar.

De otro lado, vía los tratados bilaterales de comercio puede intentarse introducir regulaciones vinculadas al ámbito de la biotecnología y los recursos genéticos que pueden resultar inapropiados para los países andinos que cuentan con reservas extraordinarias en sus bosques tropicales. Hay a este respecto algunos otros asuntos a considerar: desde el abastecimiento adecuado de alimentos, que representa la primera barrera para combatir las enfermedades, hasta la obtención de medicinas necesarias para la lucha contra algunos virus de gran impacto negativo.

Por tanto, no parece razonable que un solo país, por poderoso que sea, pueda obligar o imponer a otros sus estándares de protección, propios de la etapa de desarrollo en que se encuentra, esto es, que ellos sean automáticamente adoptados por países de menor desarrollo bajo el argumento de que el sistema internacional de patentes y otros similares debe ser uniforme y homogéneo. Y debe de tenerse en cuenta que los acuerdos bilaterales, por sus propias disposiciones –así como las del adpic- favorecen automáticamente a otros países desarrollados, específicamente a los de la Unión Europea y el Japón, que no están presentes en las negociaciones.

Una visión así es contraria a las posibilidades de desarrollo, y revela que el balance inicial entre interés público e interés privado que dio lugar al surgimiento del sistema de patentes ha sido olvidado. No puede a este respecto olvidarse que los bosques tropicales ubicados en muchos países tecnológicamente pobres constituyen una reserva extraordinaria para el futuro de la humanidad, que debe ser aprovechada en beneficio común y no exclusivamente por aquellos países que han sido y son los que siguen en mayor proporción contaminando el medio ambiente y que se han negado a suscribir los acuerdos internacionales para proteger la biodiversidad.

3. Es por estas consideraciones que a solicitud del ministerio de comercio exterior y turismo, el ministerio de justicia participará en el grupo de trabajo para temas de pro-

11. Op. Cit.

12. Carlos Correa, «Mal negocio de Chile con E.E.U.U.». Le Monde Diplomatique, Marzo 2004.

propiedad intelectual en el marco de las negociaciones para el tratado de libre comercio, a fin de fijar la posición técnica nacional, que será elevada a una instancia política de decisión ministerial intergubernamental. Y es en apoyo a esa participación que mediante resolución ministerial 249-2004-jus publicada el 27 de mayo de 2004, esto es, el día de hoy, se ha designado a un grupo destacado de científicos y especialistas que actuarán como representantes del ministerio de justicia ante el grupo de trabajo antes mencionado.

4. Finalmente, debemos indicar que una buena gestión en el ámbito de la propiedad intelectual implica que sus oficinas de patentes tradicionales cambien sus funciones y se conviertan en organismos que efectúen vigilancia de las tendencias tecnológicas para establecer la posición relativa de las capacidades locales de investigación e identificar su grado de originalidad; promocionar la creatividad de la inventiva; proteger invenciones haciendo uso de diferentes figuras legales; usar la información de dominio público para poder diseñar proyectos; valuar los activos intangibles que se encuentran en los países y monitorear una política de licenciamiento que sea una efectiva arma de transferencia tecnológica. La protección de la propiedad intelectual debe funcionar entonces como motor de la innovación y no como obstáculo del desarrollo nacional.

A pesar de las dificultades que se presentan, la negociación de un tratado de libre comercio con el país más poderoso debería servir para el diseño de un nuevo sistema de cooperación en materia de derechos intelectuales y no únicamente para ratificar estándares de protección sobre los que es muy difícil aportar alguna consideración valiosa, y que corresponden a una realidad exótica y lejana a los intereses de la mayoría de los ciudadanos de los países andinos.

Muchas gracias.